

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

7/8  
K&R

- Editorial: Vorsicht! Sie haben einen Vertrag mit uns! Die TK-Transparenzverordnung der Bundesnetzagentur · *Dr. Sascha Vander*
- 445 Zur Zulässigkeit von AdBlock-Detektoren vor dem Hintergrund der E-Privacy-Richtlinie · *Hans Leo Bechtolf* und *Niklas Vogt*
- 450 Einwilligungserklärungen im Fotorecht · *Dr. Bernd Lorenz*
- 456 Gesichtserkennung zu Werbezwecken – Erfolgt ein User Tracking bald auch offline? · *Paul Voigt*
- 462 Erleichterte Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen mit Waren · *Dr. Felix Buchmann* und *Anna-Lena Hoffmann*
- 467 Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2015  
*Dr. Alexander R. Klett* und *Maria Ottermann*
- 474 Hotelzimmer, Zahnarztpraxen und Reha-Einrichtungen – der Begriff der öffentlichen Wiedergabe · *Dr. Diana Ettig* und *Lea Kaase*
- 478 Der Rundfunkbeitrag im Konflikt mit der Verfassung  
*Dr. Kay E. Winkler*
- 482 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 495 BGH: Im Immobiliensumpf: Unterlassungsanspruch gegen anwaltlichen Vorwurf kriminellen Handelns in Pressebericht mit Kommentar von *Martin W. Huff*
- 509 BGH: Lebens-Kost: Kein Schadensersatzanspruch wegen unzulässiger Telefonwerbung mit Kommentar von *Dr. Carsten Menebröcker*
- 515 BGH: Kein Werktitelschutz für *wetter.de* mit Kommentar von *Franz Gernhardt*
- 530 LG Frankfurt a. M.: Informationspflicht zu Datenübermittlung beim Vertrieb von Smart-TV mit Kommentar von *Sebastian Laoutoumai* und *Orcun Sanli*
- 544 Glosse: Trauerspiel ums Lachverbot am Feiertag · *Dominik Höch*

19. Jahrgang    **Juli / August 2016**    Seiten 445 – 544

RA Dr. Bernd Lorenz, Essen\*

## Einwilligungserklärungen im Fotorecht

*Das Anfertigen und Veröffentlichen von Fotos wirft vielfältige Fragen aus den Bereichen des Urheberrechts, des Rechts am eigenen Bild, des Datenschutzrechts und des Eigentumsrechts auf. Der Beitrag geht der Frage nach, welche Personen in das Anfertigen und Veröffentlichen von Fotos einwilligen müssen und was im Rahmen der Einwilligungserklärungen zu beachten ist.*

### I. Urheberrecht des Fotografen

#### 1. Muss der Fotograf einwilligen, wenn von ihm angefertigte Fotos veröffentlicht werden sollen?

Fotos sind immer urheberrechtlich geschützt, und zwar entweder als Lichtbildwerke oder als Lichtbilder. Wenn das Foto eine persönlich geistige Schöpfung i. S. d. § 2 Abs. 2 UrhG darstellt,<sup>1</sup> ist es als Lichtbildwerk nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG geschützt. Fehlt es an der Schöpfungshöhe, ist das Foto zumindest als Lichtbild nach § 72 Abs. 1 UrhG geschützt. Das Urheber- bzw. Leistungsschutzrecht steht dem Fotografen zu. Er ist als Schöpfer des Werkes nach § 7 UrhG als Urheber anzusehen.

Dem Urheber stehen nach § 15 Abs. 1, 2 UrhG die Verwertungsrechte an seinem Werk zu. Der Fotograf hat das ausschließliche Recht, das Foto zu vervielfältigen, zu verbreiten, auszustellen und öffentlich wiederzugeben. Ohne seine Einwilligung darf das Foto weder in Druckschriften verbreitet noch im Internet öffentlich zugänglich gemacht werden.

#### 2. Ist für die Einwilligungserklärung eine bestimmte Form vorgeschrieben?

Der Fotograf kann die Nutzungs- und Verwertungsrechte an seinen Fotos auf Dritte übertragen. Die Rechteeräumung ist grundsätzlich nicht an eine bestimmte Form gebunden.<sup>2</sup> Sie kann auch mündlich und sogar konkludent<sup>3</sup> erfolgen. Wenn der Fotograf z. B. den Auftrag erhält, für eine neue Website Fotos anzufertigen und diese Fotos dem Website-Betreiber zu diesem Zweck zur Verfügung stellt, räumt er damit dem Betreiber auch das Recht ein, die Fotos auf seiner Website öffentlich zugänglich zu machen. Auch wenn eine bestimmte Form für eine Rechteübertragung im Urheberrecht nicht vorgeschrieben ist, ist es trotzdem ratsam, zu Beweis Zwecken einen schriftlichen Vertrag abzuschließen.

Eine bestimmte Form ist im Urheberrecht nur in Ausnahmefällen vorgeschrieben: gemäß § 31 a Abs. 1 S. 1 UrhG bei Verträgen über unbekannt Nutzungsarten und gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 UrhG bei Verträgen über künftige Werke. Werden die Nutzungs- und Verwertungsrechte verschenkt, gilt § 518 BGB.<sup>4</sup> Zwar gilt bei einem Schenkungsversprechen die notarielle Form. Der Mangel der Form wird aber gemäß § 518 Abs. 2 BGB geheilt, wenn die Nutzungs- und Verwertungsrechte an einem Foto ohne Beachtung der Form übertragen werden. § 518 Abs. 1 S. 1 BGB ist deshalb nur für die nicht vollzogene Schenkung von Bedeutung.<sup>5</sup>

### II. Fotos von Personen

#### 1. Müssen die abgebildeten Personen einwilligen, wenn Fotos von ihnen angefertigt und veröffentlicht werden sollen?

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst auch das Recht am eigenen Bild. Nach dem Recht am eigenen Bild kann jede Person grundsätzlich selber darüber entscheiden, welche Bildnisse von ihr angefertigt und veröffentlicht werden. Sowohl für das Anfertigen als auch für das Veröffentlichen von Fotos ist deshalb grundsätzlich eine Einwilligung der abgebildeten Person erforderlich.<sup>6</sup>

Hinsichtlich des Verbreitens und Veröffentlichens von Bildnissen enthält das Kunsturhebergesetz (KUG) einfachgesetzliche Spezialregelungen. Das KUG gilt jedoch nur für das Verbreiten und Veröffentlichens von Bildnissen und nicht für das Anfertigen von Bildnissen.

Nach § 22 S. 1 KUG dürfen Bildnisse grundsätzlich nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Unter einem Bildnis versteht man dabei die erkennbare Darstellung des äußeren Erscheinungsbildes einer Person.<sup>7</sup> Die Erkennbarkeit einer Person ergibt sich vor allen Dingen aus den Gesichtszügen.<sup>8</sup> Sie kann sich aber auch aus anderen Umständen, z. B.

\* Der Autor Lorenz ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz und betrieblicher Datenschutzbeauftragter bei Schulz Sozien in Essen. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

- 1 Dazu *Schulze*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 5. Aufl. 2015, § 2 Rn. 189 ff.; *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 3. Aufl. 2013, § 2 UrhG Rn. 245 ff.; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 2 UrhG Rn. 198 ff.; *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrecht, 3. Aufl. 2014, § 2 UrhG Rn. 31 ff.; *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 182 ff.; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 2 UrhG Rn. 112 ff.
- 2 OLG Frankfurt a. M., 15. 8. 2014 – 11 W 5/14, WRP 2014, 1344, Rn. 30; *Berger*, in: Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 82; *Dreier*, in: Dreier/Schulze (Fn. 1), § 31 Rn. 22; *Kotthoff*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 1), § 31 Rn. 26; *Loewenheim/Nordemann*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 26 Rn. 5; *Soppe*, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 31 UrhG Rn. 33; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 600; *Schrickler/Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), Vor § 28 Rn. 78; *Wandtke/Grunert*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 1), Vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 45.
- 3 BGH, 29. 4. 2010 – I ZR 69/08, K&R 2010, 501, Rn. 29; BGH, 20. 11. 1970 – I ZR 50/69, GRUR 1971, 362, 363.
- 4 *Berger*, in: Berger/Wündisch (Fn. 2), § 1 Rn. 82.
- 5 *Loewenheim/Nordemann*, in: Loewenheim (Fn. 2), § 26 Rn. 5.
- 6 Zur Veröffentlichung: BGH, 21. 4. 2015 – VI ZR 245/14, K&R 2015, 487, Rn. 14; BGH, 11. 11. 2014 – VI ZR 18/14, K&R 2015, 118, Rn. 20; BGH, 8. 4. 2014 – VI ZR 197/13, NJW-RR 2014, 1193 Rn. 8; BGH, 18. 10. 2011 – VI ZR 5/10, NJW 2012, 762 Rn. 8.
- 7 *Klass*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2014, Anh. § 12 Rn. 169; *Härting*, Internetrecht, 5. Aufl. 2014, Rn. 115; *Korte*, Presserecht, 2014, § 2 Rn. 7; *Steffen*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 6 LPG Rn. 121; *Engels*, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 19; *Götting*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 14; *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 5.
- 8 *Specht*, in: Dreier/Schulze (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 3; *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 7; *Engels*, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 24; *Rixecker*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Allg PersönlR Rn. 62; *Götting*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 14.

einem Begleittext oder einer Namensangabe, ergeben.<sup>9</sup> Im Rahmen einer Gesamtschau ist festzustellen, ob die abgebildete Person durch Dritte identifiziert werden kann. Ausreichend ist dabei die Erkennbarkeit in einem mehr oder minder großen Bekanntenkreis.<sup>10</sup> Eine Erkennbarkeit im engeren Familien- und Freundeskreis genügt dagegen nicht.<sup>11</sup> Bei Porträt- und Gruppenfotos ist eine Erkennbarkeit regelmäßig gegeben. Die Erkennbarkeit kann dagegen fehlen, wenn z. B. eine Person von hinten fotografiert wird.

Unter das Verbreiten von Bildnissen i. S. d. § 22 S. 1 KUG fällt jede Art der Verbreitung, und zwar auch das Verbreiten im privaten Bereich.<sup>12</sup> Zu denken ist dabei insbesondere an das Weitergeben von Bildnissen an andere Personen. Das öffentliche Zur-Schau-Stellen umfasst jede Art der Veröffentlichung des Bildnisses. Ein öffentliches Zur-Schau-Stellen liegt insbesondere dann vor, wenn die Fotos in das Internet eingestellt werden.

§ 23 Abs. 1 KUG enthält bestimmte Ausnahmen, in denen eine Einwilligung der abgebildeten Person grundsätzlich nicht erforderlich ist. Wenn z. B. das Betriebsgelände fotografiert wird und winzig klein einige Mitarbeiter auf dem Foto zu erkennen sind, so sind diese gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG nur Beiwerk einer Örtlichkeit. Eine Einwilligung dieser Personen ist dann nicht erforderlich, es sei denn sie haben gemäß § 23 Abs. 2 KUG ein berechtigtes Interesse daran, dass das Foto nicht veröffentlicht wird.

Diskutiert wird, ob und inwieweit das Veröffentlichende von personenbezogenen Daten von Arbeitnehmern nach § 32 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BDSG zulässig ist. Danach dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn dies für die Durchführung des Beschäftigtenverhältnisses erforderlich ist. Bildnisse sind personenbezogene Daten i. S. d. § 3 Abs. 1 BDSG.<sup>13</sup> Es handelt sich um die erkennbare Darstellung des äußeren Erscheinungsbilds einer Person, an Hand derer die Person identifiziert werden kann.

Vertreten wird insofern, dass § 32 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BDSG jedoch nicht das Veröffentlichende von Daten des Arbeitnehmers im Internet erlaubt.<sup>14</sup> Für das Veröffentlichende von Fotos der Mitarbeiter wäre demnach stets eine Einwilligung erforderlich. Richtigerweise wird man jedoch nach der Art der Mitarbeiter und der Art der Daten differenzieren müssen. Das Beschäftigungsverhältnis kann es erfordern, dass das Unternehmen die Daten von Ansprechpartnern veröffentlicht. Bei Mitarbeitern, die Kundenkontakt haben, ist es danach zulässig, die Kontaktdaten der jeweiligen Mitarbeiter im Internet zu veröffentlichen.<sup>15</sup> Hierzu zählen bspw. Kundendienst- und Außendienstmitarbeiter, aber auch Mitarbeiter im Beschwerdemanagement. Auch bei Mitarbeitern, die das Unternehmen repräsentieren, ist es zulässig, die Kontaktdaten zu veröffentlichen.<sup>16</sup> Hierzu zählen bspw. Geschäftsführer und Prokuristen. Angegeben werden dürfen Daten zur Kontaktaufnahme wie z. B. der Nachname, ggf. auch der Vorname, die persönliche E-Mail-Adresse und die Telefon-Durchwahl.

Allerdings erlaubt § 32 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BDSG regelmäßig nicht das Veröffentlichende von Bildnissen eines Arbeitnehmers. Ein Foto des Arbeitnehmers ist nämlich für eine Kontaktaufnahme mit dem Mitarbeiter nicht erforderlich. Auch wenn der Arbeitnehmer das Unternehmen repräsentiert, rechtfertigt dies grundsätzlich nicht, ein Bildnis ohne seine Einwilligung zu veröffentlichen.

## 2. Wer muss bei Minderjährigen einwilligen?

Bei Minderjährigen müssen die Eltern gemäß § 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 BGB einwilligen.<sup>17</sup> Wenn beide Elternteile die elterliche Sorge ausüben, müssen auch beide Elternteile einwilligen. Die Einwilligung eines Elternteils genügt nicht, denn beide Eltern vertreten das Kind gemeinschaftlich. Gefahr im Verzug nach § 1629 Abs. 1 S. 4 BGB liegt bei der Veröffentlichung von Fotos regelmäßig nicht vor. Überhaupt werden hier nur ganz wenige Fälle denkbar sein, wie z. B. die Suchaktion nach einem vermissten Kind.

Auch die Einwilligung des Minderjährigen ist erforderlich, wenn er über die Fähigkeit verfügt, die Tragweite seiner Entscheidung zu erkennen.<sup>18</sup> Es kommt darauf an, ob der Minderjährige überschauen kann, was mit seinem Abbild geschieht, und ob er sich dazu äußern kann. Dies soll nach einer Auffassung schon ab 10 Jahren der Fall sein,<sup>19</sup> nach überwiegender Auffassung erst ab 14 Jahren.<sup>20</sup>

Man wird bei Kindern unter 14 Jahren regelmäßig nicht von einer entsprechenden Einsichtsfähigkeit ausgehen können. Die Veröffentlichung von Fotos im Internet hat gravierende Folgen: Die Fotos sind weltweit abrufbar, können ggf. mit Suchmaschinen aufgefunden werden, werden ggf. dauerhaft im Internetarchiv<sup>21</sup> gespeichert und werden ggf. durch Dritte kopiert und weiterverbreitet. Was einmal im Internet veröffentlicht wurde, lässt sich

- 9 Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 7; Korte (Fn. 7), § 2 Rn. 7; Klass, in: Erman (Fn. 7), Anh. § 12 Rn. 169; Rixecker, in: MüKo (Fn. 8), Allg PersönlR Rn. 62; Götting, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 19; Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 7.
- 10 Klass, in: Erman (Fn. 7), Anh. § 12 Rn. 169; Engels, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 23; Götting, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 25; Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 5.
- 11 Härting (Fn. 7), Rn. 115; Engels, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 23; Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 7.
- 12 Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 12; Lorenz, ZD 2012, 367, 368; Engels, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 52; Götting, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 36; v. Strobl-Albeg, in: Wenzel: Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 7 Rn. 43; a. A. für begrenzte Ausnahmen im privaten Bereich: Specht, in: Dreier/Schulze (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 9, Korte (Fn. 7), § 2 Rn. 10.
- 13 EuGH, 11. 12. 2014 – C-212/13, K&R 2015, 103, Rn. 22; OVG Lüneburg, 29. 9. 2014 – 11 LC 114/13, K&R 2014, 836, im Volltext: KuRL2014-836; VG Osnabrück, 1. 6. 2005 – 6 A 17/04, DuD 2007, 541, 542; Brandt, AiB 2012, 591, 592; Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Erg.-Lfg. 2016, § 3 Rn. 5 b, § 43 Rn. 26; Schöttler, AnwZert ITR 6/2008 Anm. 3 II. 3; Dammann, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014, § 3 Rn. 4, 66; Buchner, in: Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 19.
- 14 Schierbaum, PersR 2010, 268, 270.
- 15 Kraska/Schuetze, AuA 2011, 87, 87.
- 16 Kraska/Schuetze, AuA 2011, 87, 87.
- 17 BGH, 5. 10. 2004 – VI ZR 255/03, K&R 2005, 82, 84; BGH, 28. 9. 2004 – VI ZR 303/03, WRP 2004, 1494, 1495; LG Bielefeld, 18. 9. 2007 – 6 O 360/07, NJW-RR 2008, 715; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 16; Klass, AfP 2005, 507, 516; Lettl, WRP 2005, 1045, 1052; Libertus, ZUM 2007, 621, 624; Ohly, GRUR 2012, 983, 992.
- 18 LG Bielefeld, 18. 9. 2007 – 6 O 360/07, NJW-RR 2008, 715; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 16; Ehmann, in: Conrad/Grützner (Hrsg.), Recht der Daten und Datenbanken in Unternehmen, 2014, § 28 Rn. 28; Klass, AfP 2005, 507, 516; Libertus, ZUM 2007, 621, 624; Engels, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 42; Ohly, GRUR 2012, 983, 992; Rixecker, in: MüKo (Fn. 8), Allg PersönlR Rn. 69; Götting, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 42; v. Strobl-Albeg, in: Wenzel (Fn. 12), Kap. 7 Rn. 68 ff.
- 19 Ehmann (Fn. 18), § 28 Rn. 28.
- 20 LG Bielefeld, 18. 9. 2007 – 6 O 360/07, NJW-RR 2008, 715; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 16; Libertus, ZUM 2007, 621, 624; Engels, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 42; Rixecker, in: MüKo (Fn. 8), Allg PersönlR Rn. 69; Götting, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 42; v. Strobl-Albeg, in: Wenzel (Fn. 12), Kap. 7 Rn. 69 f.
- 21 <https://archive.org>.

oftmals nur noch schwer löschen. Diese Folgen wird ein zehnjähriges Kind regelmäßig nicht überschauen.

Bei einsichtsfähigen Minderjährigen kommt es zu einer Doppelzuständigkeit: Es müssen sowohl der einsichtsfähige Minderjährige als auch der gesetzliche Vertreter einwilligen. Der Minderjährige kann die Einwilligung nicht ohne seinen gesetzlichen Vertreter erklären, und der gesetzliche Vertreter kann die Einwilligung nicht gegen den Willen des Minderjährigen erklären. Im Ergebnis muss regelmäßig die Einwilligung von drei Personen vorliegen: des Vaters, der Mutter und des Jugendlichen.

### 3. Ist für die Einwilligungserklärung eine bestimmte Form vorgeschrieben?

Umstritten ist, ob für die Einwilligungserklärung des Abgebildeten die Schriftform der §§ 126 f. BGB gilt. Das KUG selber enthält keine Formvorschrift. Daraus wird teilweise geschlossen, dass die Einwilligung formfrei möglich ist.<sup>22</sup> Das BAG ist der Auffassung, dass sich das Schriftformerfordernis aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 22 KUG ergibt.<sup>23</sup> Nach einer weiteren Meinung unterliegt die Einwilligungserklärung wegen § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG der Schriftform.<sup>24</sup> Diese Vorschrift schreibt für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten grundsätzlich die Schriftform vor. Bildnisse sind personenbezogene Daten i. S. d. § 3 Abs. 1 BDSG.<sup>25</sup> Sie ermöglichen die Identifizierung einer Person. Nach einer anderen Ansicht findet § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG auf Bildnisse keine Anwendung.<sup>26</sup> Nach dieser Ansicht wäre auch eine formfreie Einwilligung möglich, sei es mündlich oder sogar konkludent.

Die letztere Ansicht wird damit begründet, dass das KUG Spezialregelungen für das Veröffentlichen von Bildnissen enthält, die nach § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG den Regelungen des BDSG vorgehen. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Das KUG enthält keine Regelung zur Form bzw. Formfreiheit der Einwilligungserklärung. Es enthält insofern eine Regelungslücke. Deshalb ist ergänzend die Formvorschrift des BDSG anzuwenden. Es würde auch dem Sinn und Zweck des Datenschutzes widersprechen, für das Veröffentlichen von Bildnissen ein gegenüber anderen Daten abgesenktes Schutzniveau anzunehmen.

Der Ansicht des BAG kann auch nicht zugestimmt werden. Zum einen findet sich schon ausdrücklich eine Formvorschrift in § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG. Aus diesem Grunde bedarf es keiner verfassungskonformen Auslegung. Zum anderen führt die Ansicht des BAG dazu, dass auch für die Anfertigung und Verbreitung von Fotos im privaten Bereich eine schriftliche Einwilligungserklärung erforderlich ist. Diese Konsequenz ist vom Ergebnis her unbefriedigend. Für den privaten Bereich die Schriftform zu fordern, ist ein übertriebener Formalismus. Es ist nicht praktikabel, für das Veröffentlichen oder Verbreiten eines Fotos in sozialen Medien eine schriftliche Einwilligungserklärung nach §§ 126 f. BGB zu verlangen. Wenn man dagegen § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG anwendet, ist die Schriftform nur im Anwendungsbereich des BDSG zu beachten. Dieser ergibt sich aus § 1 Abs. 2 BDSG.

Fraglich ist allerdings, ob § 4 a BDSG gegen die Datenschutzrichtlinie<sup>27</sup> verstößt und damit nicht anzuwenden ist.<sup>28</sup> Die Datenschutzrichtlinie lässt nämlich in Art. 7 lit. a eine formfreie Einwilligung ausreichen. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob die Datenschutzrichtlinie der Mindest- oder der Vollharmonisierung dient. Bei einer

Mindestharmonisierung schafft eine Richtlinie nur Mindeststandards. Die Mitgliedstaaten können auch strengere Regelungen erlassen. Eine Vollharmonisierung bedeutet, dass die nationalen Regelungen nicht hinter der Richtlinie zurückbleiben dürfen und nicht über die Richtlinie hinausgehen dürfen.<sup>29</sup> Maßgeblich für diese Frage ist der Wille des europäischen Gesetzgebers. Will der europäische Gesetzgeber nur Mindeststandards in der Europäischen Union schaffen oder will er das Recht vollständig harmonisieren? Der EuGH geht davon aus, dass die Datenschutzrichtlinie zu einer grundsätzlich umfassenden Harmonisierung führt.<sup>30</sup> Bezüglich Art. 7 DSRL hat er zwar entschieden, dass die Norm die Voraussetzungen für eine Datenverarbeitung abschließend aufzählt.<sup>31</sup> Art. 5 DSRL überlässt es den Mitgliedstaaten aber, die näheren Voraussetzungen der Datenverarbeitung zu regeln. Der europäische Gesetzgeber hat den Mitgliedstaaten damit einen Gestaltungsspielraum überlassen. Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten auch Formvorschriften in Bezug auf die Einwilligungserklärung erlassen dürfen. Art. 7 lit. a DSRL bestimmt nur, dass eine Einwilligung vorliegen muss. In welcher Form die Einwilligung erfolgen kann oder muss, können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 DSRL selber näher bestimmen. Demzufolge harmonisiert die Datenschutzrichtlinie das Datenschutzrecht nicht in allen Punkten vollständig.<sup>32</sup>

Folglich bedarf die Einwilligungserklärung der Schriftform der §§ 126 f. BGB. Zu beachten ist, dass die Einwilligungserklärung nach § 4 a Abs. 1 S. 4 BDSG besonders hervorzuheben ist, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt wird. Wenn eine Einwilligungserklärung bei der Einstellung neuer Mitarbeiter in den Arbeitsvertrag aufgenommen wird, ist sie im Vertrag durch drucktechnische Mittel besonders hervorzuheben, bspw. durch Fettdruck, Einrahmung, eine größere Schriftgröße oder eine Überschrift. Sinnvoll kann es auch sein, sich die Einwilligungserklärung zusätzlich unterschreiben zu lassen. Dadurch wird die Bedeutung der Einwilligungserklärung besser erkennbar. Zwingend erforderlich ist eine zusätzliche Unterschrift jedoch nicht.<sup>33</sup> Sinnvoll kann es auch sein, auf eine Einwilligungserklärung im Arbeitsvertrag zu verzichten, um durch die hervorgehobene Erklärung nicht andere wichtige Regelungen des Vertrags in den

22 Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 17; Steffen, in: Löffler (Fn. 7), § 6 LPG Rn. 126; Engels, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 30.

23 BAG, 19.2.2015 – 8 AZR 1011/13, K&R 2015, 534, im Volltext: KuRL2015-534; BAG, 11.12.2014 – 8 AZR 1010/13, K&R 2015, 433, Rn. 26.

24 Gola, Datenschutz am Arbeitsplatz, 5. Aufl. 2014, Rn. 660; Gola/Reif, Praxisfälle Datenschutzrecht, 2013, S. 84; Lorenz, ZD 2012, 367; Moritz, K&R Beihemer 2/2010, 1, 9.

25 Siehe Fn. 13.

26 Ehmman, jurisPR-ArbR 14/2013 Anm. 2 D.; Ehmman (Fn. 18), § 28 Rn. 22 ff.; Franck, DFN-Infobrief Recht, 11/2010, S. 2, 4, [http://www.dfn.de/fileadmin/3Beratung/Recht/1infobriefearchiv/DFN\\_Infobrief\\_11-10-neu.pdf](http://www.dfn.de/fileadmin/3Beratung/Recht/1infobriefearchiv/DFN_Infobrief_11-10-neu.pdf); Schierbaum, PersR 2010, 268, 272 f.; Spitz, jurisPR-ITR 22/2010 Anm. 5 C.

27 RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 Nr. L 281 S. 31, geändert durch VO (EG) Nr. 1882/2003 vom 29.9.2003, ABl. 2003 Nr. L 284 S. 1, konsolidierte Fassung abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu>.

28 So Drewes, ZD 2012, 115, 118 f.; Schaffland/Wiltfang (Fn. 13), § 4 a Rn. 9 a; Vulin, ZD 2012, 414, 417.

29 Vgl. Lorenz, JURA 2012, 244, 248.

30 EuGH, 16.12.2008 – C-524/06, MMR 2009, 171 Abs. 50 f.; EuGH, 6.11.2003 – C-101/01, K&R 2004, 26, im Volltext: MMR 2004, 95 Abs. 95 f.

31 EuGH, 24.11.2011 – C-468/10, C-469/10, K&R 2012, 40, Rn. 29 f.

32 Riesenhuber, RdA 2011, 257, 262 f.

33 BGH, 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, K&R 2008, 678, Abs. 21; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, 12. Aufl. 2015, § 4 a Rn. 29; Taeger, in: Taeger/Gabel (Fn. 13), § 4 a Rn. 49.

Hintergrund treten zu lassen.<sup>34</sup> Die Bedeutung der Einwilligungserklärung wird am besten erkennbar, wenn sie in ein gesondertes Dokument aufgenommen wird. Dann kann der Arbeitnehmer auch einfacher die Einwilligung verweigern. Es ist leichter, die Unterzeichnung eines gesonderten Dokuments abzulehnen, als eine Einwilligungserklärung in einem Arbeitsvertrag zu streichen.

#### 4. Können die fotografierten Personen ihre Einwilligungserklärung später widerrufen?

Ob die Einwilligungserklärung frei widerrufbar ist, ist umstritten. Eine Ansicht geht davon aus, dass die Einwilligungserklärung unwiderruflich ist, weil sie als rechtsgeschäftliche Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB Bindungswirkung entfaltet.<sup>35</sup> Nach a. A. ist die Einwilligung keine Willenserklärung und damit grundsätzlich frei widerrufbar.<sup>36</sup> Nach dem BAG ist im Einzelfall zwischen dem Veröffentlichungsinteresse des Arbeitgebers und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers abzuwägen.<sup>37</sup> Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind nach § 241 Abs. 2 BGB zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen Seite verpflichtet. Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich das Recht, es seinem Arbeitgeber nach seinem Ausscheiden zu untersagen, mit seiner Person weiterhin zu werben. Bei einer allgemeinen Darstellung des Unternehmens, bei der der Arbeitnehmer nicht namentlich genannt wird, soll eine Weiterverwendung des Fotos dagegen zulässig sein.

Richtigerweise ist danach zu differenzieren, ob eine einseitige Einwilligung oder eine vertraglich vereinbarte Einwilligung vorliegt. Die einseitige Einwilligung kann jederzeit frei widerrufen werden.<sup>38</sup> Für einseitige Willenserklärungen sieht das Recht eine Widerrufsmöglichkeit vor, wenn es der Interessenlage entspricht. So kann z. B. ein Testament nach § 2253 BGB jederzeit widerrufen werden. Dies entspricht auch der Interessenlage bei einer datenschutzrechtlichen Einwilligung. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht am eigenen Bild räumen dem Betroffenen ein Widerrufsrecht ein. Die Einwilligung kann nur dann nicht widerrufen werden, wenn sie mit rechtsgeschäftlichen Abreden verbunden ist.<sup>39</sup> Wenn bspw. ein Honorar für das Anfertigen und Veröffentlichenden des Bildnisses vereinbart wird, kann der Abgebildete die Einwilligungserklärung grundsätzlich nicht widerrufen. Möglich ist es aber in einem solchen Fall im Vertrag zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung widerrufen werden kann. Ferner wird dem Abgebildeten bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entsprechend §§ 626, 723 BGB ein Widerrufsrecht zugebilligt.<sup>40</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen kann die abgebildete Person eine einseitige Einwilligung in die Veröffentlichung seines Bildnisses jederzeit widerrufen. Bei einer vertraglichen Einwilligung ist ein Widerruf möglich, wenn der Vertrag eine Widerrufsmöglichkeit vorsieht oder wenn die abgebildete Person einen wichtigen Grund hat. Die abgebildete Person muss folglich ein berechtigtes Interesse an dem Widerruf darlegen können. Ein solches berechtigtes Interesse besteht nach dem Ausscheiden eines Arbeitnehmers im Hinblick auf sein Porträtfoto und die Daten zu seiner Person. Ein Gruppenfoto ohne namentliche Nennung wird er aber weiterhin hinnehmen müssen. Dem Arbeitgeber ist es nicht zumutbar, bei jedem Ausscheiden eines einzelnen Mitarbeiters ein neues Gruppenfoto anfertigen zu lassen.

#### 5. Muster einer Einwilligungserklärung

*Beispiel für eine vertragliche Einwilligung eines Arbeitnehmers:*

Vertrag über die Veröffentlichung von Fotos		
U beabsichtigt einen Relaunch seiner Website durchzuführen. Auf der neuen Website sollen auch Fotos der Mitarbeiter veröffentlicht werden. Die Veröffentlichung der Fotos im Internet hat zur Folge, dass die Fotos weltweit abrufbar sind, mittels Suchmaschinen aufgefunden werden können und unter Umständen dauerhaft im Internetarchiv (www.archive.org) gespeichert werden.		
Die Fotos sollen später auch in einer Unternehmensbroschüre veröffentlicht werden. Die Unternehmensbroschüre soll an Bestandskunden und potenzielle Kunden und an Lieferanten verteilt werden.		
In Kenntnis dieser Umstände erklärt sich der Mitarbeiter mit der Anfertigung von Fotos und der Veröffentlichung der von ihm freigegebenen Fotos auf der Website von U und in der Unternehmensbroschüre einverstanden.		
Der Mitarbeiter kann seine Einwilligungserklärung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses widerrufen, sofern er ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die Fotos von ihm nicht weiter verwandt werden.		
_____	_____	_____
Ort, Datum	Unterschrift des Mitarbeiters	Unterschrift des Geschäftsführers von U

#### 6. Ausblick auf die DS-GVO

Es stellt sich die Frage, wie sich die Rechtslage durch die Datenschutzgrundverordnung<sup>41</sup> ändern wird, die am 25. 5. 2018 in Kraft tritt.

Bildnisse sind nach zutreffender bisheriger Auffassung personenbezogene Daten.<sup>42</sup> Sie stellen auch nach Art. 4 Abs. 1 DS-GVO personenbezogene Daten dar. Denn ein Bildnis ist die erkennbare Darstellung des äußeren Erscheinungsbildes einer Person.<sup>43</sup> Wenn die Person für Dritte erkennbar ist, dann ist sie auch identifiziert oder zumindest identifizierbar.

Der Anwendungsbereich der DS-GVO ist nach Art. 2 Abs. 1 DS-GVO eröffnet, wenn personenbezogene Daten ganz oder teilweise automatisiert verarbeitet werden oder bei einer nichtautomatisierten Verarbeitung in einem

34 Gola (Fn. 24), Rn. 491 schlägt eine gesonderte Unterschrift vor.

35 Frömming/Peters, NJW 1996, 958, 958 f.; Engels, in: Möhring/Nicolini (Fn. 1), § 22 KunstUrhG Rn. 45; Götting, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 40; Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 13, 19.

36 Schaffland/Wiltfang (Fn. 13), § 4 a Rn. 21, 26.

37 BAG, 19. 2. 2015 – 8 AZR 1011/13, K&R 2015, 534, im Volltext: KuRL 2015-534; BAG, 11. 12. 2014 – 8 AZR 1010/13, K&R 2015, 433, Rn. 38.

38 Dasch, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, 1990, S. 88; Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 152; Lettl, WRP 2005, 1045, 1052; Libertus, ZUM 2007, 621, 626.

39 Dasch (Fn. 38), S. 85 ff.; Gola/Schomerus (Fn. 33), § 4 a Rn. 39; Götting (Fn. 38), S. 150 ff.

40 Götting (Fn. 38), S. 149 f.; Götting, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 41.

41 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, S. 1, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu>.

42 Siehe Fn. 13.

43 Siehe Fn. 7.

Dateisystem gespeichert sind oder werden sollen. Im Falle einer automatischen Videoüberwachung liegt eine automatisierte Datenverarbeitung vor, wenn die Bildinhalte mittels eines Programms nach dem personenbezogenen Informationsgehalt ausgewertet werden können.<sup>44</sup> Dagegen liegt keine automatisierte Videoüberwachung vor, wenn die Bildinhalte auf einem Videoband gespeichert werden. Im Falle des manuellen Anfertigen von Fotos mit Hilfe von Digitalkameras und dem Abspeichern der Fotos auf der Speicherkarte einer Kamera oder der Festplatte eines Computers liegt eine nichtautomatisierte Verarbeitung mittels eines Dateisystems vor. Der Anwendungsbereich des DS-GVO ist folglich für digitale Bildnisse eröffnet. Dagegen bleibt es bei Bildnissen, die mit analogen Kameras mit einem Videoband bzw. einem Film aufgenommen werden, bei der Geltung des BDSG und des KUG. Auch wenn die Bildnisse ausschließlich zu persönlichen oder familiären Zwecken verbreitet werden, bleibt es gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO bei der Geltung des KUG.

Auch nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO ist für das Anfertigen und Veröffentlichen von Bildnissen grundsätzlich eine Einwilligungserklärung erforderlich. Im Unterschied zu § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG ist die Schriftform für die Einwilligung nicht zwingend vorgeschrieben. Dies folgt aus Art. 7 DS-GVO, der die Bedingungen für die Einwilligung nennt. Die Schriftform ist keine Bedingung. Nach Art. 7 Abs. 1 DS-GVO trifft den Verantwortlichen zwar die Beweislast für die Einwilligung. Dies kann man aber nicht mit dem Schriftformerfordernis gleichsetzen. Der Beweis der Einwilligung kann z. B. auch durch Zeugenbeweis erbracht werden. Auch spricht Erwägungsgrund 32 S. 1, 2 davon, dass die Einwilligung elektronisch, mündlich oder durch andere Erklärungen oder Verhaltensweisen geschehen kann, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert. Art. 9 DS-GVO findet auf Bildnisse regelmäßig keine Anwendung. Bildnisse gelten grundsätzlich nicht als biometrische Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 14 DS-GVO. Dies folgt aus Erwägungsgrund 51 S. 3. Danach stellen Lichtbilder nur dann biometrische Daten dar, wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen.

Die Einwilligung kann nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO jederzeit widerrufen werden. Ein Grund ist für den Widerruf nicht erforderlich. Damit können einseitige Einwilligungserklärungen jederzeit ohne Grund widerrufen werden. Fraglich ist, was für Einwilligungserklärungen gilt, die im Rahmen eines Vertrages abgegeben wurden. Hier wird man wie bisher davon ausgehen müssen, dass sich die betroffene Person nicht einseitig vom Vertrag lösen kann. Die Regelung des Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO ist nur auf die einseitige Einwilligungserklärung anzuwenden.

### III. Fotos von Bauwerken

#### 1. Muss der Architekt einwilligen, wenn Fotos von seinem Bauwerk angefertigt und veröffentlicht werden sollen?

Das Anfertigen eines Fotos von einem Bauwerk stellt eine Vervielfältigung des Bauwerks in zweidimensionaler Form dar. Das ausschließliche Vervielfältigungsrecht könnte nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UrhG dem Architekten

zustehen. Ebenso könnten dem Architekten die weiteren Verwertungsrechte nach § 15 Abs. 1, 2 UrhG zustehen.

Die Frage, ob eine Einwilligung des Architekten erforderlich ist, hängt zunächst davon ab, ob das Bauwerk überhaupt urheberrechtlich geschützt ist. Erforderlich für den Schutz von Werken ist im Urheberrecht gemäß § 2 Abs. 2 UrhG eine gewisse Schöpfungshöhe. Alltägliche Bauwerke sind deshalb nicht urheberrechtlich geschützt. Bauwerke, die sich im Rahmen des rein handwerklichen und routinemäßigen Schaffens halten, genießen keinen urheberrechtlichen Schutz.<sup>45</sup> Erforderlich ist vielmehr, dass das Bauwerk aus der Masse des alltäglichen Bauschaffens herausragt.<sup>46</sup> Soweit z. B. das Betriebsgelände fotografiert wird, fehlt es regelmäßig schon an einem urheberrechtlichen Schutz der Bauwerke. Verwaltungsgebäude und Fabrikhallen sind nicht urheberrechtlich geschützt, wenn sie aus einem einfachen und zweckmäßigen Design bestehen. Anders kann es sich z. B. mit berühmten Bauwerken einer Stadt verhalten. Diese werden gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG urheberrechtlich geschützt sein.

Zulässig ist es nach § 59 Abs. 1 UrhG, urheberrechtlich geschützte Bauwerke vom öffentlichen Raum aus zu fotografieren (sog. Panoramafreiheit). Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, dürfen durch Lichtbild oder auch Lichtbildwerke<sup>47</sup> vervielfältigt werden und auch öffentlich wiedergegeben werden. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe umfasst nach § 15 Abs. 2 Nr. 2 UrhG auch das Recht, Fotos von dem Bauwerk im Internet öffentlich zugänglich zu machen. Sofern berühmten Bauwerke einer Stadt vom öffentlichen Raum aus fotografiert werden sollen, ist eine Einwilligung des Architekten nicht erforderlich. Fotografiert werden darf aber nur die äußere Ansicht der Bauwerke. Alles, was vom öffentlichen Bereich aus sichtbar ist, darf fotografiert werden. Zum öffentlichen Bereich zählen auch private Wege und Plätze, wenn das Betreten des Grundstücks der Öffentlichkeit erlaubt ist.<sup>48</sup> Dabei kommt es darauf an, ob das Grundstück dem Gemeingebrauch gewidmet ist. Wenn der Fotograf dagegen für die Anfertigung der Fotos einen Bereich betreten muss, der für die Nutzung durch die Öffentlichkeit nicht freigegeben ist, ist eine Einwilligung des Architekten erforderlich. Insofern ist darauf abzustellen, ob der Öffentlichkeit der Zutritt zu dem Bereich gestattet ist, von dem aus das Foto angefertigt werden soll.

#### 2. Muss der Eigentümer des Grundstücks einwilligen, wenn Fotos von einem auf seinem Grundstück befindlichen Bauwerk angefertigt und veröffentlicht werden sollen?

Nach dem BGH kommt es für die Frage, ob eine Einwilligung des Grundstückseigentümers erforderlich ist, darauf an, ob das Grundstück für das Anfertigen der Fotos betre-

44 VG Osnabrück, 1. 6. 2005 – 6 A 17/04, DuD 2007, 541, 542; *Gola/Schomerus* (Fn. 33), § 3 Rn. 15 a; *Schaffland/Wiltfang* (Fn. 13), § 1 Rn. 11 a.

45 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 1), § 2 Rn. 154.

46 BGH, 2. 10. 1981 – I ZR 137/79, NJW 1982, 639, 639; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 1), § 2 Rn. 154; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 1), § 2 Rn. 109.

47 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 1), § 59 Rn. 7; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 1), § 59 Rn. 18; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 1), § 59 Rn. 6.

48 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 1), § 59 Rn. 3; *Czychowski*, in: *Fromm/Nordemann* (Fn. 1), § 59 UrhG Rn. 6; *Grübler*, in: *Möhrling/Nicolini* (Fn. 1), § 59 Rn. 6; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 1), § 59 Rn. 9; *Schönwald*, WRP 2014 Abs. 14; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 1), § 59 Rn. 3.

ten werden muss oder nicht.<sup>49</sup> Braucht das Grundstück nicht betreten zu werden, ist keine Einwilligung des Eigentümers erforderlich. Das Anfertigen von Fotos von einem Grundstück aus ohne Einwilligung des Eigentümers soll dagegen eine Eigentumsverletzung darstellen. Es läge ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Eigentums vor. Das Anfertigen der Fotos hänge davon, ab, ob dem Fotografen Zutritt zum Grundstück gewährt wird. Diese Entscheidung steht nach § 903 S. 1 BGB im Belieben des Grundstückseigentümers. Der Grundstückseigentümer kann darüber entscheiden, ob Fotos von seinem Bauwerk angefertigt werden, indem er den Zutritt zu seinem Grundstück gewährt oder verweigert. Ihm stehe die Verwertungsbefugnis an derartigen Fotos zu. Zu den Früchten des Grundstücks i. S. d. § 99 Abs. 3 BGB sollen auch Abbildungen der auf dem Grundstück befindlichen Bauwerke zählen.

Die Rechtsprechung des BGH wird in der Literatur zu Recht abgelehnt.<sup>50</sup> Das Eigentumsrecht umfasst nur Substanzverletzungen oder Beeinträchtigungen der Nutzung. Der Fotograf greift aber durch die Fotos weder in die Substanz der Bauwerke ein noch beeinträchtigt er deren Nutzung. Die Verwertungsrechte an rechtlich geschützten Werken sind nicht dem Eigentümer, sondern dem Urheber zugewiesen. Die Rechtsprechung des BGH führt im Ergebnis zu einem nicht haltbaren Ausschließlichkeitsrecht des Grundstückseigentümers an Abbildungen von seinem Grundstück.

Eine Einwilligungserklärung des Grundstückseigentümers für das Anfertigen und die Verwertung der Fotos ist grundsätzlich nicht erforderlich. Der Eigentümer kann aber über sein Hausrecht gemäß § 1004 Abs. 1 BGB den Zugang zu seinem Grundstück regeln und so Filmaufnahmen Dritter unterbinden oder nur gegen Entgelt zulassen.<sup>51</sup> Die Einzelheiten kann der Grundstückseigentümer in einem Besichtigungsvertrag regeln. Der Eigentümer hat folglich nur die Möglichkeit, Foto- und Filmaufnahmen vertraglich zu unterbinden. Ein Verstoß gegen den Besichtigungsvertrag führt aber nicht zu einer Eigentumsverletzung.

Notwendig ist in jedem Fall eine Erlaubnis, dass das Grundstück durch den Fotografen überhaupt betreten werden darf. Wenn es einen Besichtigungsvertrag gibt, der Fotoaufnahmen untersagt oder nur gegen Entgelt zulässt, muss der Fotograf auch eine Erlaubnis für die Anfertigung und Verwertung der Fotos einholen. Andernfalls läge eine Pflichtverletzung bezüglich des Besichtigungsvertrags vor.

### 3. Müssen für die Verfremdung von Bauwerken Einwilligungserklärungen eingeholt werden?

Es kann sich die Frage stellen, ob Einwilligungserklärungen des Fotografen, der Architekten und der Eigentümer der Bauwerke eingeholt werden müssen, wenn die fotografierten Bauwerke auf den Fotos verändert oder verfremdet werden sollen.

Der Urheber hat gemäß § 23 UrhG das Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht an seinem Werk. Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen dürfen nach § 23 S. 1, § 39 Abs. 1 UrhG grundsätzlich nur vorgenommen werden, wenn eine Einwilligung des Urhebers vorliegt. Deshalb ist grundsätzlich eine Einwilligung des Fotografen als Urheber der Fotos notwendig. Eine Ausnahme sieht § 39 Abs. 2 UrhG vor, wenn der Urheber seine Einwilligung zur Umgestaltung des Werks nach Treu und Glauben nicht versagen

darf. Das kann bspw. der Fall sein, wenn eine Weiternutzung des Werks nur durch eine Umgestaltung möglich ist wie z. B. bei notwendigen Erhaltungs-, Umbau- oder Modernisierungsarbeiten an einem Bauwerk.<sup>52</sup> Diese Ausnahme kommt hier nicht in Betracht. Der Fotograf muss folglich mit künstlerischen Bearbeitungen seiner Fotos einverstanden sein.

Eine Einwilligung des Architekten ist dann jedenfalls nicht erforderlich, wenn das Bauwerk überhaupt nicht urheberrechtlich geschützt ist. Etwas anderes kann für urheberrechtlich geschützte Bauwerke, wie z. B. berühmte Bauwerke einer Stadt gelten. Bei Fotos von urheberrechtlich geschützten Bauwerken handelt es sich um Vervielfältigungen der Bauwerke in zweidimensionaler Form. Für eine Bearbeitung oder Umgestaltung nach § 23 S. 1 UrhG ist es nicht erforderlich, dass die körperliche Substanz des Originals oder eines sonstigen Werkstücks verändert wird.<sup>53</sup> Ausreichend ist es, dass in die geistige Substanz des Werkes eingegriffen wird.<sup>54</sup> Das ist hier der Fall, denn durch die Verfremdung der Bauwerke auf den Fotos wird der geistig-ästhetische Gesamteindruck der Bauwerke verändert. Aus diesem Grunde ist grundsätzlich eine Einwilligung des Architekten für die Verfremdung der Fotos erforderlich.

Eine Einwilligung des Architekten ist jedoch nach § 24 Abs. 1 UrhG dann nicht erforderlich, wenn es sich um eine freie Benutzung der Bauwerke handelt. Eine freie Benutzung liegt dann vor, wenn die dem geschützten älteren Werk entnommenen individuellen Züge gegenüber der Eigenart des neu geschaffenen Werks verblassen.<sup>55</sup> Maßgeblich ist, ob durch die Verfremdung der Fotos ein neues eigenständiges künstlerisches Werk geschaffen wird. Das hängt von dem Grad der Individualität der Bearbeitung ab und inwieweit das geschützte Bauwerk nach der Bearbeitung noch als solches erkennbar ist.

Das Eigentumsrecht gibt dem Eigentümer kein Recht, Veränderungen von Fotos seines Eigentums zu untersagen. Eine Beeinträchtigung seines Eigentums liegt durch die Umgestaltung von Abbildungen seines Eigentums nicht vor. Es fehlt an einem Eingriff in die Sachsubstanz seines Eigentums. Ein Unterlassungsanspruch des Eigentümers aus § 1004 Abs. 1 BGB besteht deshalb nicht.

49 BGH, 19. 12. 2014 – V ZR 324/13, K&R 2015, im Volltext: KuRL2015 – 490-1; BGH, 1. 3. 2013 – V ZR 14/12, K&R 2013, 397, Rn. 12 ff.; BGH, 17. 12. 2010 – V ZR 44/10, K&R 2011, 191, Rn. 8; BGH, 17. 12. 2010 – V ZR 45/10, K&R 2011, 190, im Volltext: KuRL2011-190; BGH, 17. 12. 2010 – V ZR 46/10, ZUM 2011, 333 Rn. 11.

50 Dreier, in: Schierholz/Melichar (Hrsg.), Kunst, Recht und Geld, FS Pfennig, 2012, S. 15; Elmenhorst, GRUR 2013, 626; Götting, in: Bullinger/Grünert/Ohst/Wöhrn (Hrsg.), FS Wandtke, 2013, S. 259; Götz von Olenhusen, MR-Int 2013, 74; Lehment, GRUR 2011, 327; Schack, JZ 2011, 375; Schack, JZ 2013, 743; Stang, GRUR 2015, 579; Stieper, ZUM 2011, 331; Stieper, ZUM 2013, 574.

51 BGH, 28. 10. 2010 – I ZR 60/09, K&R 2011, 339, Rn. 27; Elmenhorst, GRUR 2013, 626, 628.

52 Vgl. BGH, 19. 3. 2008 – I ZR 166/05, WRP 2008, 1440; BGH, 31. 5. 1974 – I ZR 10/73, NJW 1974, 1381; OLG Dresden, 13. 11. 2012 – 11 U 853/12, WRP 2013, 668 m. Anm. Elmenhorst, ZUM 2013, 146; OLG Stuttgart, 6. 10. 2010 – 4 U 106/10, ZUM 2011, 173 m. Anm. Elmenhorst, ZUM 2011, 188.

53 BGH, 7. 2. 2002 – I ZR 304/99, WRP 2002, 552, 555; Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 1), § 23 Rn. 8.

54 Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 1), § 23 Rn. 8.

55 BGH, 17. 7. 2013 – I ZR 52/12, WRP 2014, 178, Rn. 38; BGH, 20. 11. 2008 – I ZR 112/06, K&R 2009, 177, Rn. 25; BGH, 20. 12. 2007 – I ZR 42/05, K&R 2008, 442, Rn. 29; BGH, 29. 4. 1999 – I ZR 65/96, NJW 2000, 2202, 2205; BGH, 11. 3. 1993 – I ZR 263/91, NJW 1993, 2620, 2621; Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 1), § 24 Rn. 10 m. w. N.; in Anlehnung an Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, S. 276.

Auch wenn eine Einwilligungserklärung des Architekten und des Eigentümers hinsichtlich der Bearbeitung der Fotos nicht erforderlich ist, kann es ratsam sein, eine entsprechende Erklärung in eine etwaige Vereinbarung mit dem Architekten und Eigentümer aufzunehmen. Wenn ein Privatgrundstück für die Anfertigung der Fotos der Bauwerke betreten werden muss und damit sowieso eine Einwilligung des Architekten und des Eigentümers eingeholt werden muss, kann man auch gleich die Einwilligung in die Bearbeitung der Fotos mitaufnehmen. Dazu müsste ein Rechtsanwalt seinem Mandanten auch im Rahmen einer rechtlichen Beratung raten. Die Beratung eines Anwalts hat dem Grundsatz des sichersten Wegs zu folgen. Danach hat ein Anwalt zur Erreichung des vom Mandanten gewünschten Ziels dem Mandanten den sichersten und gefährlosesten Weg vorzuschlagen.<sup>56</sup> Durch entsprechende Einwilligungserklärungen des Architekten und des Eigentümers wird sichergestellt, dass ein Gericht die Rechtsfrage nicht später anders beurteilt.

#### IV. Reichweite einer Einwilligungserklärung

Sowohl im Urheberrecht als auch für das Recht am eigenen Bild<sup>57</sup> gilt die Zweckübertragungstheorie. Im Urheberrecht ist diese ausdrücklich in § 31 Abs. 5 UrhG geregelt. Danach ist der Umfang der Überlassung der Rechte an den Lizenznehmer durch den Vertragszweck begrenzt. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Rechteinhaber Rechte nur in dem Umfang überträgt, der für die Erreichung des Vertragszwecks erforderlich ist. Wenn Fotos zunächst nur für die Website angefertigt werden, dürfen diese später nicht auch in einer Druckschrift veröffentlicht werden. Vielmehr ist eine neue Einwilligung der betroffenen Personen erforderlich. Sinnvoll ist es, bereits bei der Rechteeinräumung jeden Zweck, zu denen das Foto verwendet werden darf, genau zu bezeichnen. Dann brauchen

später nicht erneut Einwilligungserklärungen von den beteiligten Personen eingeholt werden. Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO geht davon aus, dass die Einwilligung für einen oder mehrere bestimmte Zwecke erteilt wird. Die Verwendung der Daten zu einem anderen Zweck regelt Art. 6 Abs. 4 DS-GVO. Die Weiterverarbeitung zu einem anderen Zweck ist nicht generell ausgeschlossen, sondern bedarf einer Interessenabwägung. Nach Erwägungsgrund 50 S. 1 soll die Weiterverarbeitung zulässig sein, wenn die Verarbeitung mit den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist.

#### V. Fazit

Das Anfertigen und Veröffentlichen von Fotos von Personen und Bauwerken wirft vielfältige Fragen zur Einwilligung auf. Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, welche Personen mit dem Anfertigen und Veröffentlichen der Fotos einverstanden sein müssen.

Unternehmen, die bspw. Fotos für ihre Website anfertigen lassen wollen, werden kaum ohne rechtliche Beratung auskommen. Diese rechtliche Beratung kann im Hinblick auf Mitarbeiterfotos der betriebliche Datenschutzbeauftragte leisten. Oftmals werden Unternehmen aber auch auf die Beratung durch einen spezialisierten Rechtsanwalt angewiesen sein.

56 BGH, 1. 3. 2007 – IX ZR 261/03, BB 2007, 1468, Rn. 9; BGH, 23. 11. 2006 – IX ZR 21/03, NJW-RR 2007, 569, Rn. 10; BGH, 19. 1. 2006 – IX ZR 232/01, NJW-RR 2006, 923, Rn. 14; BGH, 4. 6. 1996 – IX ZR 51/95, BB 1996, 2218.

57 OLG Köln, 5. 11. 2013 – 15 U 44/13, ZUM 2014, 416, 418 f.; Specht, in: Dreier/Schulze (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 21; Korte (Fn. 7), § 2 Rn. 16; Götting, in: Schrickler/Loewenheim, (Fn. 1), § 60/§ 22 KUG Rn. 44; Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 1), § 22 KUG Rn. 16.

RA Paul Voigt, Lic. en Derecho, Berlin\*

## Gesichtserkennung zu Werbezwecken – Erfolgt ein User Tracking bald auch offline?

*Gesichtserkennungstechniken haben in den letzten Jahren enorme Entwicklungssprünge in der praktischen Verwertbarkeit und der Erkennungsquote gemacht. Der Anwendungsbereich ist vielfältig – neben der staatlichen Verwendung in der Strafverfolgung und Gefahrenprävention werden Gesichtserkennungstechniken zunehmend auch von Privaten zu Werbezwecken eingesetzt. Nachfolgend wird die datenschutzrechtliche Zulässigkeit solcher Gesichtserkennung zu Werbezwecken erörtert.*

### I. Einleitung

Die Videoüberwachung stellt (zumindest gefühlt) einen der größtmöglichen Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht dar. Auch der Gesetzgeber teilt diese Ansicht und hat in § 6 b BDSG sogar die bloße Videoüberwachung mit analogen

Endgeräten Einschränkungen unterworfen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist die Bedrohung durch reine Videoüberwachung hingegen eigentlich überschaubar: Die Möglichkeit automatisierter Durchsuchung und Anordnung der Daten ist hierbei zunächst nicht gegeben. Die Videoüberwachung ermöglicht lediglich die Aufzeichnung und Darstellung von bewegten Bildern. Zur Auswertung war bisher stets notwendig, dass sich eine natürliche Person die Videobilder ansah und anderen Personen zuordnete. Dies war zeit-, personal- und kostenaufwändig. Auch die Verwertbarkeit der so gewonnenen Daten war häufig geringer als erhofft. Zwar können mit der Videoüberwachung bestimmte Orte überwacht werden und dementsprechend Daten über eine Vielzahl von Personen

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.